

## **EDITORAÇÃO**

Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídicas do Centro de Estudos Judiciários – SPI/CEJ

*Neide Alves Dias De Sordi* – Secretária

*Milra de Lucena Machado Amorim* – Subsecretária da Subsecretaria de Divulgação e Editoração da SPI/CEJ

*Jorge Duarte de Azevedo* – Assessor Especial da Presidência do CJF

*Lucinda Siqueira Chaves Freire* – Diretora da Divisão de Editoração da SPI/CEJ

*Sônia Rosana Gomes de Moraes e Menezes* – Chefe da Seção de Edição de Textos da SPI/CEJ

*Antônio César do Vale* – Chefe da Seção de Revisão de Textos da SPI/CEJ

*Rute Maria Barreto Rezende* – Servidora da Divisão de Editoração da SPI/CEJ

*Augusto Ramos* – Servidor da Divisão de Estudos e Pesquisas da SPI/CEJ

## **DIAGRAMAÇÃO E ARTE-FINAL**

*Alice Zilda Dalben Siqueira* - Servidora da Divisão de Divulgação Institucional da SPI/CEJ

## **CAPA**

*Alice Zilda Dalben Siqueira* - Servidora da Divisão de Divulgação Institucional da SPI/CEJ

## **NOTAS TAQUIGRÁFICAS**

Subsecretaria de Taquigrafia do Superior Tribunal de Justiça

## **IMPRESSÃO**

Divisão de Serviços Gráficos da Secretaria de Administração do Conselho da Justiça Federal

*Luiz Alberto Dantas de Carvalho* – Diretor

M489 Mediação : um projeto inovador/ José Delgado et al. – Brasília :  
Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003.

70 p. (Série Cadernos do CEJ; v. 22).

ISBN 85-85572-71-X

1. Mediação 2. Arbitragem 3. Constitucionalidade das leis I.  
Centro de Estudos Judiciários II. Série

CDU : 341.623

**CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIAÇÃO**  
**JOSÉ DELGADO**

**D**iscorrerei a respeito da constitucionalidade da mediação e, ao mesmo passo, da arbitragem, por entender que a mediação, dentro do ambiente jurídico e do panorama de idéias envolvidas pelo Direito, está dentro do mesmo contexto da arbitragem.

De início, convém fazermos distinção entre mediação e arbitragem. Sabemos que esta hoje está protegida por uma legislação especial e possui uma estrutura completamente diferente da conhecida desde o Código de Processo Civil de 1939 e o de 1973. Atualmente há outras idéias implantadas no ordenamento jurídico brasileiro, buscando sua consolidação como um dos caminhos a ser enfrentado para a solução dos conflitos.

Depreendemos dos pronunciamentos anteriores que ainda não há uma estrutura legal específica definida para tratar as peculiaridades da mediação; não significa, entretanto, que esta não seja uma técnica de solução de conflitos presente em nosso ordenamento jurídico. Pretendo defender sua constitucionalidade, partindo do princípio de que a mediação já se faz presente na Justiça, havendo tão-somente a necessidade de criação de uma disciplina específica, a exemplo do que foi feito para a arbitragem.

Com a Lei n. 9.307, a Lei da Arbitragem, de 23 de setembro de 1996, acirrados debates a respeito de sua constitucionalidade foram travados, os quais alcançarão seu ciclo final com o esperado pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, que, por larga maioria, reconhece a constitucionalidade da arbitragem.

Desde o surgimento da Lei da Arbitragem, filiei-me à sua constitucionalidade. Em consequência desse entendimento, posicionei-me, também, pela possibilidade da mediação ser um meio apoiado pela Constituição para a solução de conflitos.

Sem buscar o tecnicismo jurídico – entendo que o Direito deve ser compreendido pelo cidadão –, que, muitas vezes, dificulta a formação de nossas idéias, pretendo mostrar a diferenciação entre mediação e arbitragem e demonstra sua constitucionalidade.

A mediação é uma forma alternativa de encerramento definitivo de litígio pelo acordo de vontade das partes envolvidas em um conflito. Esse consentimento, que passa a gozar de alto valor de consideração, precisa ser compreendido e trabalhado pelo mediador. Não há, ainda, no Brasil, como afirmou-se anteriormente, uma lei específica tratando da mediação e das técnicas procedimentais que devem

ser adotadas para seu desenvolvimento. Creio que tais técnicas devem ser pensadas e meditadas com o máximo de cuidado.

Parece-me que o anteprojeto elaborado necessita de aperfeiçoamento, pois não há preocupação mais abrangente de que o mediador ter consciência de suas funções psicológica e sociológica – as quais considero extremamente necessárias para o êxito da mediação –, uma vez que sua tarefa não é impor uma solução ou uma decisão, ou encontrar o melhor caminho para as partes, mas, essencialmente, convencê-las, pacientemente, sabendo ouvi-las, interpretando suas reações, sem, no entanto, envolver-se, de modo que as distorções da realidade do conflito não contaminem sua maneira de buscar um consentimento entre as partes.

Trata-se de uma técnica de convencimento ampla, abrangendo uma série de circunstâncias a que os juízes e os profissionais do Direito não estamos acostumados, uma vez que isso não nos é ensinado nos cursos de Direito, de mestrado ou de doutorado. Apenas atualmente despertamos para a mediação como técnica amparada pelo ordenamento jurídico e com caráter definitivo para a solução de conflito.

A mediação exige do mediador – seja ou não bacharel em Direito –, uma

formação mais abrangente, permitindo seu envolvimento com os aspectos jurídicos – não profundamente –, psicológicos e sociológicos, com a chamada “técnica de convencimento”. Com o profissional que, em várias categorias, por meio de métodos, torna-se capacitado a convencer o interlocutor a aderir às suas propostas.

Em relação a esse aspecto, poderíamos sugerir, por exemplo, as chamadas “técnicas da propaganda”, que, atualmente, ainda não têm um processo científico, mas bem demonstram sua utilidade, uma vez que o homem é levado a aceitar a mensagem que lhe é transmitida, sem ter, muitas vezes, conscientização do êxito desta.

A diferença entre a técnica da propaganda e a que deve ser empregada na mediação é que o mediador, além de convencer as partes beligerantes a entrarem em acordo por sua livre manifestação de vontade, sem que haja rancor, deve, também, convencê-las de que aquela será a melhor solução para ambas. É necessário, então, que as partes tenham a conscientização de que foram vencedoras, fenômeno que ainda falta nas soluções dos litígios pela arbitragem ou pelo Poder Judiciário.

Temos a cultura – não somente entre nós, operadores do Direito, mas,

também, entre as partes – de que sempre há um vencido e um vencedor. Tal cultura também está presente na Lei da Arbitragem, que não fugiu ao tradicionalismo jurídico-cultural implantado ao longo do tempo, que não nos permitiu outro comportamento.

A preparação cultural do mediador deve ser feita de modo diferente, possibilitando que as partes em litígio, ao término do conflito, sintam-se vencedoras, compreendendo que o acordo celebrado por livre manifestação de vontade satisfaz a ambas, permitindo a paz em definitivo. Como afirmei anteriormente, na mediação deve haver prevalência da vontade das partes e não do entendimento do mediador, do árbitro ou do juiz, como ocorre nas soluções tradicionais de conflitos.

Da Argentina, onde a mediação é um mecanismo de solução de conflitos, invoco a Lei n. 24.573/85, regulamentada pelos Decretos ns. 1.480/92 e 1.021/95, que, implicitamente, contém pressupostos que correspondem à natureza apresentada.

O mediador, dentro do contexto que lhes demonstrei, não exerce a função de julgador, uma vez que não lhe cabe examinar o mérito da demanda. Precisamos implantar a mentalidade recente de que o mediador precisa ter absoluta conscientização de que não se deve envolver com o mérito da

demanda para não influenciar as partes. Sua função primordial é aproximar, conscientizar e estabelecer a paz, ou seja, tem uma missão completamente diferente da que, até hoje, tem sido exercida por todos os operadores de Direito, seja de categoria tradicional ou alternativa.

Do trabalho que elaborei, destaco que o mediador há de agir com absoluto cuidado para não revelar à parte contrária o que colheu da outra parte, salvo quando, para tanto, for autorizado. E esse cuidado – precisamos meditar muito – tem de se refletir em suas expressões, na maneira como ouve as partes, separadamente ou em conjunto, não exteriorizando, em seus reflexos pessoais e até em suas reações faciais, a aceitação ou não do que está sendo proposto para conciliação. A função do mediador é de absoluta neutralidade. E, para isso, é necessário um trabalho, uma preparação prévia.

A mediação não é forma de justiça civil, não-estatal, como é a arbitragem. Embora seja uma solução alternativa de conflito, a arbitragem é uma forma de entrega de justiça civil, dos direitos disponíveis, e passa por todo o mecanismo burocrático – crítica que faço à Lei da Arbitragem –, necessitando de aperfeiçoamento, uma vez que ainda é vinculada à burocracia processual, refletindo todo o nosso tradicionalismo.

Estamos em um mundo completamente diferente, de celeridade, de intensidade de conflitos, que, ao mesmo tempo, exige soluções rápidas. Pode parecer, inclusive, um paradoxo a intensidade de conflitos exigir uma celeridade de soluções, chegando ao ponto de determinados autores – aos quais me filio – defenderem que não se deve buscar a melhor solução, mas a solução mais provável, porque o cidadão está a exigir uma resposta para a situação de instabilidade em que se encontra.

Defendo que a mediação pode ser empregada em qualquer espécie de conflito, diferenciando-se, nesse ponto, da arbitragem. Há entendimentos de que a mediação apenas deve ser instaurada para a solução de conflitos em que as partes possam dispor e transacionar.

Cheguei à conclusão de que a mediação é cabível em qualquer espécie de conflito, especialmente nos de natureza de Direito de Família e, porque não dizer, naqueles em que a outra parte é estatal.

Leon Fredja Szklarowsky tem um trabalho a respeito da arbitragem, defendendo sua possibilidade nas relações com o Poder Público, que está a demonstrar como esta forma alternativa de solução de conflitos ampliasse. Não vejo nenhum impedimento

para sua adoção. No que se refere ao Direito de Família, aos direitos indisponíveis e aos direitos estatais, têm-se apenas alguns regramentos e limites que deverão ser respeitados para que não se desconfigurem os princípios básicos que os regulam.

No Direito do Trabalho, a mediação é uma técnica que vem sendo adotada amplamente. Embora sempre tenha sido contra a posição dos vogais na Justiça do Trabalho, tenho de registrar o mérito da sua atuação quando, isoladamente, antes de ser aberta a audiência de conciliação, tentam encontrar uma solução do conflito entre as partes. Sabemos que, em muitas Juntas de Conciliação e Julgamento, antes da abertura da audiência, um vogal tenta encontrar uma solução para os conflitos – isso nada mais é do que a mediação. Com um percentual de êxito significativo, a solução encontrada é levada ao juiz para homologação.

Não se trata da conciliação clássica, prevista no Código Processual Civil e na CLT. Esta obedece a um sistema burocrático, em que o impacto do momento, a situação, a presença das partes em uma situação psicológica de conflito, muitas vezes, impedem sua realização. Não há uma preparação. As partes são levadas, na presença de uma autoridade estatal, a se conciliarem. Muitas vezes, elas entendem que aquilo é uma pressão exercida sobre a mani-

festação de suas vontades. A mediação passa ao largo desta pressão. Ela prestigia a manifestação da vontade de um modo absoluto.

Colhi de uma obra intitulada *Advocacia de Arbitragem*, traduzida por René Loncan, publicada pela Editora Universidade de Brasília e também pela imprensa oficial, de autoria de John W. Cooley e Steven Lubet, expressões que entendo de profunda valia para nosso convencimento. Lá afirma-se que: *Os advogados que levavam seus casos aos tribunais submetiam-se a uma controvérsia aparentemente infinda, de alta tortura* (...)<sup>1</sup>.

Destaquei a expressão “infinda, de alta tortura”. Não é somente para os advogados que o processo é um fenômeno de alta tortura; também o é para o juiz e para os assessores do juiz. O processo é uma representação material do sofrimento das partes em função da demora, do que ele contém e do que reflete. Digo sempre que os processos têm olhos, ouvidos, esperanças e desgastes emocionais. Os conflitos ali presentes vivem a gritar não somente nas tardes dos nossos gabinetes, onde permanecem guardados em nossos armários, mas ecoam em nossos ouvidos, sonhos, madrugadas e no ambiente das nossas famílias do mesmo modo que ecoam no ambiente das famílias das partes e dos operadores do Direito.

Esta alta tortura do processo constitui para nós dificuldades imensas. Antes de sermos juízes ou advogados, somos cidadãos. Temos o espírito da solidariedade com o cidadão-irmão que está passando pelo sofrimento, especialmente quando este nos é entregue e sentimo-nos incapacitados de oferecer imediatamente a solução desejada, posta pelo ordenamento jurídico, mas impossibilitada pelo volume de serviços e pela burocracia implantada pelas leis que regem nosso processo.

Continua o autor: (...) *com a hipótese do pior cenário possível: submeter seus clientes à pobreza vitalícia. Felizmente, para os advogados, hoje em dia, há alternativas*<sup>2</sup>. Acrescentaria: felizmente, para os advogados, para os juízes e para o cidadão, hoje em dia, há alternativas.

Conclui assim: *Podemos aprender sobre métodos novos, inovadores, para resolver disputas, quando o processo judicial não parece proporcionar a melhor alternativa procedimental para satisfazer as necessidades e os interesses emocionais e psicológicos de nossos clientes, e aplicar esses métodos*<sup>3</sup>.

Aproximo-me dos 37 anos de magistratura. Sou testemunha ocular do retrato apresentado pelos autores supramencionados quando citam fra-

se de Benjamim Franklim: *Em minhas viagens, uma vez vi um cartaz chamado “Os dois homens da lei”. Um deles estava pintado de um lado do cartaz, numa postura melancólica, coberto de farrapos, segurando um pergaminho que dizia: “Perdi minha causa”. O outro estava desenhado saltitando de alegria, do outro lado do quadro, com as palavras: “Ganhei meu processo”.*

Benjamim observou que o homem derrotado estava triste e pobre; o vitorioso, alegre, mas estava nu em pêlo, quer dizer, sem a prestação jurisdicional. A demora do processo e as dores por ele deixadas foram tão grandes que, embora aparentemente houvesse um vencedor, ambos eram vencidos.

Ainda não falamos a respeito da constitucionalidade da mediação. Abordamos aspectos psicológicos, sociológicos e tentamos adotar a técnica do convencimento da mediação fora da margem da lei. Sabemos, porém, que nenhuma técnica procedimental de solução dos conflitos poderá sobreviver se não tiver amparo no ordenamento jurídico, especialmente na Constituição.

Vamos nos posicionar neste campo, mesmo não existindo ainda lei específica sobre a mediação.

A Constituição Federal, elaborada em 1988, foi feita para ser aplica-

da. A maior dificuldade encontrada na sua aplicação é uma convivência dia a dia, hora a hora, minuto a minuto com ela.

Sempre perguntava aos meus alunos, na Universidade Federal do Rio Grande do Norte e na Universidade Católica de Pernambuco, se haviam lido a Constituição Federal. Por incrível que pareça, a resposta era sempre vaga. É a nossa cultura. Em regra, não conhecemos o espírito da Carta Magna, sua mensagem. Não paramos para uma reflexão mais aprofundada a respeito do que ali está dito. A Constituição representa nada a mais, nada a menos, do que a vontade do cidadão. Em seu preâmbulo, encontramos: *Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar (...)*<sup>4</sup>.

Não podemos conceber o bem-estar da cidadania e das relações entre os homens se não existir o estado de paz. E a paz não existirá onde houver conflito nas relações jurídicas. Observamos, então, que a finalidade deste Estado democrático de Direito está vinculada à instituição do estado de paz.

Continua o preâmbulo: (...) o desenvolvimento, a igualdade e a



*justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil* (grifo nosso)<sup>5</sup>.

Essa mensagem não tem sido bem entendida, com todas as vênias e homenagens, por aqueles que defendem a inconstitucionalidade da Lei da Arbitragem. Faltou-lhes uma reflexão mais aprofundada a respeito do que está contido no plano da nossa Carta Magna, da mensagem maior, da chamada “guia de orientação máxima”, que é o preâmbulo, essa carta de propósitos, de intenções, esse acordo de cidadania. Os constitucionalistas afirmam, com absoluto conteúdo científico, que o preâmbulo é a parte mais importante da Carta Magna. Toda a Constituição deve ser interpretada a partir dele. Quando lá diz: *com a solução pacífica das controvérsias* (...) <sup>6</sup>, não se está dando exclusividade ao Poder Judiciário para a prestação jurisdicional. A solução das controvérsias por intermédio do Poder Judiciário é apenas o caminho estatal. Estão-se incentivando caminhos alternativos exercidos pela própria cidadania, como a mediação, a arbitragem e os tribunais de vizinhança, hoje tão consagrados no Direito norte-ameri-

cano e também considerados como de absoluto êxito na Nova Zelândia e na Austrália, onde operadores e não-operadores do Direito, homens de várias profissões, reúnem-se aos sábados e domingos em organizações coletivas para solucionar conflitos dos seus bairros. As soluções encontradas por eles são reconhecidas pelos órgãos estatais.

Meios alternativos também podem ser encontrados nos sindicatos, nas universidades, nas organizações não-governamentais, nas instituições religiosas e educacionais. Tudo a modificar o panorama de solução de conflitos.

Sabemos, embora este dado não seja muito confiável, que apenas 2% dos conflitos são entregues ao Poder Judiciário para solução. Então, há 98% de conflitos no Brasil exigindo que outros caminhos sejam buscados para que seja determinada a estrutura de paz.

Observem que, nesses fundamentos essenciais e institucionais da Carta Magna, está expresso que, na essência do Estado democrático adotado para a Nação brasileira, insere-se, entre outros, o compromisso do Estado de solucionar, de modo pacífico, tanto na ordem interna como na internacional, as controvérsias de qualquer origem, independentemente de onde elas surjam. Isso é princípio

de natureza constitucional a validar a existência, a eficácia e a efetividade da mediação e da arbitragem como formas alternativas de solução de conflitos, sem que essa missão seja de responsabilidade exclusiva do Poder Judiciário.

Quanto à responsabilidade exclusiva do Poder Judiciário, invoco um trabalho de Inocêncio Mártires Coelho, eminente constitucionalista e ex-Procurador-Geral da República, em que afirma que precisamos modificar a cultura, até então existente, de exigir do Estado que somente ele resolva todos os nossos problemas.

*Diz: Assente que as constituições modernas, pelo menos em sua parte dogmática, se estruturam como sistemas abertos, de regras e princípios, cuja linguagem é necessariamente polissêmica e indeterminada; que a interpretação constitucional é um conjunto de métodos desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas filosóficas, metodológicas e epistemológicas diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares; que essa pluralidade de métodos se converte em veículo da liberdade do juiz, o qual, por isso mesmo, acaba escolhendo o método em função do resultado que, estimando correto e justo, pretenda alcançar em cada caso; que, finalmente, como instâncias derradeiras, as cor-*

*tes constitucionais proferem veredictos insuscetíveis de revisão. Se tudo isso fosse verdadeiro, parece lícito concluir-se que, ao fim e ao cabo, as suas decisões equivalem a erratas e adendas das constituições que aplicam, e a questão da constitucionalidade das leis fica reduzida a um juízo político resultante da pré-compreensão e da ideologia dos magistrados que exercem a jurisdição constitucional. Se isso for verdadeiro, pelo menos em tese, a discussão sobre a constitucionalidade da Lei da Arbitragem no particular aspecto de sua conformidade com os princípios do juízo natural e da inafastabilidade do Poder Judiciário, embora deva partir do texto da Constituição, especialmente dos incisos XXXV e XXXVII do art. 5º, sob pena de empobrecimento e de bloqueio de saídas, tem que se deslocar do âmbito restrito das regras do Direito, como ordenações de vigência, para o espaço aberto dos princípios jurídicos como mandatos de otimização<sup>7</sup>.*

Observem que defendi a abertura desse espaço jurídico a partir do preâmbulo da Constituição Federal.

Continua Mártires Coelho: *Nessa perspectiva, pode-se dizer que a condenação dessa lei, nos termos da erudita e minuciosa pronúncia do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, se vier a se confirmar, terá a fundamentá-la essencialmente o peso da doutri-*

*na assente e da opinião dominante, uma e outra ideologicamente regressivas e saudosistas, porque voltadas para o passado, em busca de um Estado perdido, de um Estado interventor e provedor-geral, de um leviatã tutelar onipresente e emasculador, que, à força de tudo resolver por todos, genericamente e por pose, presumindo-os fracos ou deficientes, impede o livre desenvolvimento da personalidade individual; de um Estado que não respeita, porque não consegue compreender, os valores da autonomia, da vontade e da liberdade de contratar, assim como não entende a regra moral das obrigações e o princípio do pacta sunt servanda; de um Estado que regula todas as relações humanas e não admite a existência dos chamados “espaços livres do Direito” ou de “direitos sem Estado”; de um Estado que apregoeou o pluralismo político, mas não admite divergências de opinião; de um Estado que diz aceitar diversidade de ordenamentos, mas só reconhece a lei, o atributo de fundo de Direito; de um Estado que se contenta em ser moderno quando o entorno já vive a pós-modernidade; de um Estado, enfim, que não tolera as camisas coloridas dos cidadãos, porque só reconhece a cinzenta túnica dos súditos<sup>8</sup>.*

Se, em vez de contrapor uma só leitura, estreita e reducionista, dos princípios do juiz natural e da inafastabilidade da jurisdição às regras da

Lei da Arbitragem – acréscimo da mediação –, que reputo inconstitucionais, esses acusadores buscassem, nos princípios subjacentes àquelas regras, um procedimento que se tornou rotineiro no âmbito da chamada “interpretação especificamente constitucional”, numa hermenêutica de princípios, se assim agissem, livres de preconceitos e abertos à discussão e à crítica, esses fomentadores de inconstitucionalidade e adeptos de retrovisor provavelmente haveriam de encontrar razões de sobra para não esterilizar o mecanismo da arbitragem e da mediação, um valioso instrumento não-estatal de composição e superação de conflitos, cujas vantagens são de todos conhecidas, inclusive e sobretudo dos seus mais ferrenhos adversários.

## **NOTAS**

- 1 COOLEY, John W., LUBET, Steven. *Advocacia de Arbitragem*. Tradução de: René Loncan. Brasília:UnB, 2000.
- 2 Idem.
- 3 Idem.
- 4 BRASIL, Constituição de 1988. Preâmbulo.
- 5 Idem.
- 6 Idem.
- 7 COELHO, Inocêncio Mártires. Constitucionalidade/ inconstitucionalidade: um a questão política? *Revista jurídica virtual*. Brasília, n. 13, jun. 2000.
- 8 Idem.

---

**JOSÉ DELGADO:** Ministro do Superior Tribunal de Justiça.